

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/38018>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Artikel

De 'obv-plus' als het beste van twee erfrechtelijke werelden

Mr. B.M.E.M. Schols*

1 Overgangsrechtelijke luxe of erfrechtelijke gewetensnood?

Regelmatig staat de notaris als beoefenaar van het erfrecht voor de vraag of het beter is om een *ouderlijke boedelverdeling* als bedoeld in artikel 4:1167 (oud) BW te behouden dan wel deze door *herroeping* onschadelijk te maken. Erfrechtelijke gewetensnood is zijn deel. Indien men in een concreet geval de ouderlijke boedelverdeling inderdaad wenst te behouden, zal men, met het oog op technische ontwikkelingen in de wereld van de estate planning en de eventuele verandering van wensen van de cliënt, deze willen actualiseren. In dat geval loopt men tegen het dogmatische vraagstuk aan *wat onderdeel uitmaakt van de verdeling* en wat niet, of op het eerste gezicht anders gezegd: wat men niet meer kan *wijzigen* en wat nog wel, zonder het goederenrechtelijk effect van dit mooie erfrechtelijke vehikel uit de vorige eeuw in gevaar te brengen. Ondoordachte klakkeloze herroeping is in ieder geval altijd een zwakgebod.

In deze bijdrage zal ik niet alleen trachten het belang aan te geven van de onderhavige kwestie, maar ook trachten een eenvoudige oplossing aan te reiken voor de problematiek. Eerst de theorie, dan de praktijk.

Aanleiding voor het vraagstuk is de overgangsrechtelijke erfrechtelijke luxe die veroorzaakt wordt door artikel 79 en 127 Overgangswet.¹ Gelet op het feit dat onder het

gesloten stelsel² van het nieuwe erfrecht geen ouderlijke boedelverdeling meer kan worden gemaakt, wordt aldaar geregeld dat onder meer een onder oud erfrecht opgemaakte ouderlijke boedelverdeling ook bij openvallen van de nalatenschap onder het nieuwe erfrecht haar geldigheid behoudt.³

Dit neemt niet weg dat zich nog steeds geldigheidsvraagstukken kunnen voordoen. Wat te denken bijvoorbeeld van de casus dat – destijds in strijd met artikel 4:1169 BW – erflater een kind overgeslagen heeft in de ouderlijke boedelverdeling, maar nog wel de invoering van het nieuwe erfrecht in levende lijve heeft meegemaakt.

De overgangswetgever⁴ ziet het in ieder geval als volgt:

‘Alleen de nieuwe wet is bepalend of de ouderlijke boedelverdeling nietig of vernietigbaar zal zijn. Zo zal artikel 1170 van de thans nog geldende wet (“benadeling voor meer dan een kwart”) op ouderlijke boedelverdelingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet moeten worden uitgevoerd, vanaf dat tijdstip niet meer kunnen worden toegepast. De artikelen 196 tot en met 198 van Boek 3 gelden voor ouderlijke boedelverdelingen uiteraard wél (dit zijn immers bepalingen die in het tevoren geldende recht voorkomen, maar die zullen blijven gelden).’

Zo wijst Kraan⁵ erop dat artikel 3:195 lid 1 BW, de bepaling die de verdeling waar niet alle deelgenoten aan heb-

² Art. 4:42 lid 1 BW.

³ In jargon: ‘Alles wat geldig was, blijft geldig.’

⁴ MvT 26 822, Kamerstukken II 1999/2000, nr. 3, p. 7.

⁵ C.A. Kraan, De afwikkeling van de ouderlijke boedelverdeling na de invoering van het nieuwe erfrecht, WPNR (2001) 6437, p. 266 en 268.

* bernard@scholsburgerhartschols.nl; b.schols@ru.nl.

¹ Zie ook art. 129 lid 3 van de Overgangswet.

ben deelgenomen, nietig of vernietigbaar maakt, na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht niet van toepassing is op de ouderlijke boedelverdeling, alsmede dat artikel 4:1169 BW is vervallen. De geestelijk vader van de ouderlijke boedelverdeling denkt er, althans wat het overslaan van een deelgenoot betreft, overgangsrechtelijk ook het zijne van.⁶

‘Hier doet zich een probleem voor, daar de Overgangswet *niet* bepaalt dat de art. 1167-1171 (oud) op deze gemaakte OBV van toepassing blijven. Daardoor kan onder het nieuwe recht de OBV bijvoorbeeld niet meer vernietigd worden op grond van art. 1170 BW (oud). De verwijzing in Wetsvoorstel 26 822, MvT II, nr. 3, p. 13, naar de art. 3:196-198 is *niet* overtuigend, daar deze bepalingen *slechts* zien op de *contractuele* verdeling van art. 3:182.’ [Curs. BS]

En nog concreter:

‘De problematiek, die dan ontstaat, vindt zijn oorzaak in het feit dat de wetgever wel eerbiedigende werking toekent aan het verbod van deze uiterste wilsbeschikkingen doch dat de tot 1 januari 2003 bestaan hebben- de sanctiebepalingen zijn vervallen.’

Toch gaan Klaassen-Luijten-Meijer niet zo ver als Kraan:

‘Het komt ons voor dat de toepassing van art. 3:195 de enige uitweg is, zodat aan de overgeslagen deelgenoten een actie tot vernietiging der OBV toekomt, welke verjaart één jaar na kennisneming van de verdeling en vervalt ex art. 3:200 drie jaren na de verdeling. In dit geval zal het tijdstip van het overlijden van de erflater als tijdstip van de verdeling gelden. De bepalingen van de art. 3:197-3:199 zullen dan eveneens toepassing kunnen vinden.’

Wat er ook van zij, de tijd heelt onder omstandigheden alle wonden, althans door verjaring ‘na kennisneming’.

2 Waar snijdt men de antieke verdeling in de ziel en waar vult men aan?

Dat wat betreft de overgeslagen deelgenoot.⁷ Op de gulden middenweg tussen herroepen en behouden van de ouderlijke boedelverdeling speelt de vraag in hoeverre er nog ‘in en aan’ de ouderlijke boedelverdeling *wijzigingen* kunnen plaatshebben. Wij betreden hier het terrein van ‘Makkum en Mulder’.⁸ Wat maakt onderdeel uit van de

goederenrechtelijke ziel van een ouderlijke boedelverdeling en wat behoort tot de verbintenisrechtelijke flexibiliteit, de periferie die een stootje oftewel: een wijziging, kan verdragen.

Van Mourik⁹ is ‘streng’ wat betreft het ‘schaven’ aan de oude testamentaire regeling:

‘Uitgaande van de opvatting van de Hoge Raad dat de bepalingen betreffende de niet-opeisbaarheid en de renteloosheid deel uitmaken van de OBV is het niet aan te raden daaraan thans nog te tornen.’

Indien men inderdaad uitgaat van de gedachte dat dit type clausules deel uitmaakt van het goederenrechtelijk raamwerk ‘1167’, dan kan dit uitgangspunt tot gevolg hebben dat men zich op het standpunt stelt dat de betreffende clausuleringen niet meer gewijzigd kunnen worden. Van Mourik zal het mij ongetwijfeld niet kwalijk nemen als ik opmerk dat er ook nog een andere invalshoek is. De uitgangspunten van de Hoge Raad betreffen immers het leerstuk ‘benadeling voor meer dan een kwart’, zoals neergelegd in het oude artikel ‘1170’. Waar wil ik naartoe? Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de Hoge Raad, zonder het met zoveel woorden te zeggen, van mening was dat de verbintenisrechtelijke clausules alleen deel uitmaakten van de verdeling voor zover het het benadelingsvraagstuk betrof, en dat daar nog niets mee gezegd was over de vraag of zij ook tot de ziel van artikel 4:1167 BW behoorden. De vraag naar de benadeling voor meer dan een kwart is immers een economisch getint vraagstuk en geen zuiver juridisch-technisch vraagstuk. Alle clausules moeten worden gewikt en gewogen voor de vraag wat men ‘toebedeeld’ heeft gekregen, ook een verbintenisrechtelijke clausule beïnvloedt immers de ‘contante waarde’. Zuig ik dit uit mijn duim? Neen, een arrest van Hof Den Bosch¹⁰ over een echtscheidingsconvenant en de toepassing van de moderne *laesio enormis* van artikel 3:196 BW bracht mij op deze relativiserende gedachten. De man bestreed in de betreffende procedure, in hoger beroep, de vernietiging van het echtscheidingsconvenant door de rechtbank met de stelling dat, ingevolge de tekst van artikel 3:196 BW, *alleen de verdeling* kan worden vernietigd, en niet het echtscheidingsconvenant in zijn geheel, omdat daarin ook andere zaken dan de verdeling worden geregeld. Het hof is het met deze opvatting niet eens in de algemeenheid waarin deze wordt geponeerd. De rechtshandeling in artikel 3:196 BW betreft het *gehele* echtscheidingsconvenant. Anders gezegd: ‘Het convenant vormt één niet-splitsbaar geheel.’ Een interessante gedachte. Wie vervolgens de stap maakt van echtscheidingsconvenant naar ouderlijke boedelverdeling komt op de gedachte te stellen dat het enkele feit dat de clausules van niet-opeisbaarheid en renteloosheid meegewogen moeten worden voor artikel ‘1170’, nog niets zegt over de vraag of zij ook goederen-

6 Klaassen-Luijten-Meijer, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 512 (noot 1001) en p. 523.

7 Het vraagstuk (verbintenisrechtelijke) legitieme portie en de eventuele niet-opeisbaarheid laat ik rusten.

8 HR 19 september 1969 (Makkumse boedelverdeling), NJ 1969, 402 en HR 21 december 1973 (nalatenschap Prof. Mulder), NJ 1974, 308.

9 Van Mourik, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 77.

10 Hof Den Bosch 18 november 2003, LJN AO0346, FJR 2005, 18, p. 62.

rechtelijk tot het wezen van de ouderlijke boedelverdeling behoren.¹¹

Daarnaast zou men overigens ook nog kunnen stellen, gelet op de definitie van legaat onder nieuw erfrecht in artikel 4:117 BW, te weten: het gaat om niet meer of minder dan een *vorderingsrecht*, dat men rondom de ouderlijke boedelverdeling nog kan doen en laten wat men wil, zodat men ook buiten de goederenrechtelijke verdeling om – en ‘in afwijking van’ – aan de deelgenoten ‘over en weer’ nog allerlei erfrechtelijke vorderingsrechten kan toekennen en opheffen ten titel van legaat. Denk hierbij bijvoorbeeld aan, in jargon, de ‘handmatige ventieltechniek’,¹² oftewel: het legateren van een vruchtgebruik van de vordering die voortspruit uit een BNB 1989/260-renteclausule. Zonder wijziging van de renteclausule wordt de vordering, gelet op het vruchtgebruik, de facto renteloos.

De KNB ziet het in het vraag- en antwoordspel nieuw erfrecht¹³ als volgt en laat de ‘Makkum-Mulder-dogmatiek’ links liggen. Het vertrekpunt is het gesloten stelsel:

‘Na 1 januari 2003 kan een ouderlijke boedelverdeling dus alleen worden gewijzigd of aangevuld als deze wijziging of aanvulling een uiterste wilsbeschikking is die in dit stelsel past.’

Wat ‘mag’ van de KNB in ieder geval?

‘Zo kan een afstammeling worden onterfd of kan met betrekking tot een vordering de rente of opeisbaarheid worden gewijzigd.’

So far, so good. Spannender is de vraag of een moderne ‘*tenzij-clausule*’ mag worden aangebracht aan de oude, maar nog zeer populaire, erfrechtelijke klassieker. Deze belangrijke vraag rechtvaardigt uiteraard een nieuwe paragraaf.

Overigens is het wijzigen van de breukdelen in beginsel geen enkel probleem. Deze wijziging ziet immers niet op de ouderlijke boedelverdeling maar op het voorafje: wie zijn de deelgenoten? Groter of kleiner breukdeel, de deelgenoten blijven hetzelfde. Dat neemt niet weg dat de ‘tekst’ van de in de uiterste wilsbeschikking neergelegde verdeling moet blijven passen op de gewijzigde breukdelen. Bij abstracte formuleringen is dat in de regel geen probleem. Zo ook niet in de ‘Societas leonina’-casus, waar de Hoge Raad flexibel omging met de materie (HR 10 mei 1996, NJ 1996, 692). De legitimaris die naar oud erfrecht een beroep op zijn legitieme portie deed, kon

alsnog in de ouderlijke boedelverdeling worden ‘ingelegzen’. Hij gold niet als overgeslagen.

3 Geslotenheid, ‘tenzij ...’ testeervrijheid. Ontbinden- de voorwaarde?

Wat betreft het toevoegen van een *tenzij*-clausule is de KNB in het betreffende erfrechtelijke vraag- en antwoordspel streng:

‘Het lijkt ons niet mogelijk om na 1 januari 2003 nog aan de echtgenoot of de gezamenlijke erfgenamen de bevoegdheid te geven om de ouderlijke boedelverdeling ongedaan te maken. Het verlenen van de bevoegdheid tot ongedaanmaking is geen uiterste wilsbeschikking in de zin van boek 4. Men kan het verlenen van deze bevoegdheid ook zien als het toevoegen van een ontbindende voorwaarde aan de ouderlijke boedelverdeling. Hoewel in het nieuwe boek 4 een making gedaan kan worden onder een ontbindende voorwaarde en aan een making, opgenomen in een voor 1 januari 2003 opgemaakt testament, na 1 januari 2003 dan ook een ontbindende voorwaarde kan worden toegevoegd lijkt dit ons bij de ouderlijke boedelverdeling niet mogelijk. Hier is niet sprake van een making, maar wordt door het opnemen van een ontbindende voorwaarde ingegrepen in de ouderlijke boedelverdeling zelf.’

Veel milder daarentegen zijn Kleijn c.s.¹⁴

‘Ik zie niet in dat van belang is dat hier geen sprake zou zijn van een making of dat hier ingegrepen zou worden in de ouderlijke boedelverdeling zelf. Een beschikking die onder het oude recht geldig gemaakt is, wordt voorwaardelijk gemaakt; waarom zou dat niet kunnen?’

De Hoge Raad lijkt veel op te hebben met de testeervrijheid als het om de ouderlijke boedelverdeling gaat. In zoverre zou wat mij betreft dan ook de balans kunnen doorslaan ten faveure van de visie Kleijn. In het ‘*tenzij-clausule-arrest*’, HR 17 januari 1996, BNB 1996/112c, oordeelde ons hoogste rechtscollege allesbehalve star. Men zegt nog net niet: ‘Waarom zou dat niet kunnen?’ Het klonk als volgt:

‘Uitgangspunt dient te zijn het aan het erfrecht ten grondslag liggende beginsel van de *testeervrijheid*. In het midden kan blijven in hoeverre dit beginsel meebrengt dat een erflater ook buiten het geval van artikel 4:1167 bij uiterste wil een verdeling van zijn nalatenschap aan zijn erfgenamen kan opleggen. Doch met

11 De Hoge Raad hanteert in ‘Makkum’ de navolgende bewoordingen: ‘dat de litigieuze bepalingen omtrent niet-opeisbaarheid en renteloosheid van de uit te keren bedragen van directe invloed zijn op de contante waarde van bedoelde verplichting, waaruit volgt dat die bepalingen deel uitmaken van de boedelscheiding’.

12 De handmatige ventieltechniek. Laat alle langstlevende testamenten ventileren!, EstateTip Review 2006-3, ScholsBurgerhartSchols, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

13 KNB vraag- en antwoordspel nieuw erfrecht, week 3, vraag 9.

14 W.M. Kleijn c.s., Vraagbaak Nieuw Erfrecht, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 57.

dit beginsel als uitgangspunt en bij gebreke van duidelijke aanknopingspunten in andere zin, valt niet in te zien waarom in de gevallen waarin hij zulks op de voet van artikel 1167 wel kan, hij niet tevens bevoegd zou zijn om – binnen de grenzen die de wet aan de testteenvrijheid in het algemeen stelt en van de artikelen 1169 en 1170 – aan deze beschikking *voorwaarden* of voorzieningen te verbinden of haar op andere wijze te beperken of nader te regelen, zoals hij haar ook, naar artikel 1168 uitdrukkelijk toelaat, tot een deel van de nalatenschap kan beperken.’ [Curs. BS]

Ook mag mijns inziens niet worden vergeten dat bij het onderhavige vraagstuk het eventuele ingrijpen in de oude uiterste wil door dezelfde erflater gebeurt als degene die de betreffende verdeling gemaakt heeft. Hij zal toch zelf nog wel weten waarom hij destijds (nog) geen voorwaarde heeft toegevoegd. Inderdaad. Niet omdat hij het niet wilde, maar (veelal) omdat er destijds nog discussie was over de geldigheid van de *voorwaardelijke* ouderlijke boedelverdeling.¹⁵

Dat wat betreft de technische mogelijkheden en onmogelijkheden. Zo nu en dan wordt in de praktijk toch nog wel eens de vraag gesteld waarom men dit, een ‘obv-plus-operatie’, zou entameren. Het antwoord is eenvoudig en valt uiteen in drie dimensies. Een civielrechtelijke, een fiscale en een wat ik zou willen noemen ‘herstellende.’

4 Waarom het ‘oude’ behouden? Drie dimensies

4.1 De civielrechtelijke dimensie

De meest voor de hand liggende reden is de inflexibiliteit van een enig erfgenaamschap of een wettelijke verdeling ten opzichte van de ouderlijke boedelverdeling. Ik kaart het toch weer aan. De wettelijke verdeling kent een ongedaanmakingstermijn van drie maanden en er geldt ‘alles of niets’, zo leert artikel 4:18 BW. Bij een ouderlijke boedelverdeling is met een ‘tenzij-clausule’ (ook nog na overlijden) maatwerk mogelijk. Lange of korte termijnen om de ontbindende voorwaarde in te roepen, het maakt niet uit. In de onderliggende uiterste wilsbeschikking die tot het arrest HR 5 november 1997, BNB 1998/8c leidde, werd zelfs helemaal geen termijn in de ouderlijke boedelverdeling opgenomen. Toen overigens bij de fiscus geïnformeerd werd naar de rechtsgeldigheid van een ‘voorwaardelijke testamentaire ouderlijke boedelverdeling’, waarbij alleen de echtgenoot de ‘tenzij-clausule’ kan invoeren, werd door de staatssecretaris, al dan niet bevoegd in civielrechtelijke kwesties, in een besluit van 12 augustus 2004, CPP/257M, bevestigend geantwoord:

‘Ja, de voorwaardelijke OBV, waarbij alleen de echtgenoot de ‘tenzij-clausule’ kan invoeren, is geldig. De Hoge Raad formuleert in de genoemde arresten [BNB 1996/112c en BNB 1998/8c; BS] zijn overwegingen zodanig dat naar mijn mening kan worden aangenomen dat een voorwaardelijke OBV, waarbij alleen de langstlevende echtgenoot bevoegd is over de ‘tenzij-clausule’ te oordelen, eveneens geldig is (...).’

En wat de ‘*gedeeltelijke* tenzij-clausule’ betreft, werd opgemerkt dat ook deze voor de toepassing van de Successiewet 1956 (SW 1956) gevolgd werd. Blijkbaar heeft de fiscus ook hier geen problemen met de civielrechtelijke voorvraag naar de rechtsgeldigheid van een en ander. Aan de ene kant maak ik de kanttekening dat de fiscus zich hier ‘onbevoegd’ op het civielrechtelijk terrein begeeft, maar aan de andere kant is het goed om te zien dat ook de fiscus van mening is dat de Hoge Raad een ruimhartige formulering hanteert ten aanzien van de geldigheidsvraagstukken rondom de ouderlijke boedelverdeling.

De civielrechtelijke conclusie is dat een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling een erfrechtelijke variant is die onder nieuw erfrecht niet meer tot de mogelijkheden behoort. Goederenrecht (geen leveringsformaliteiten, aldus art. 129 lid 3 Overgangswet) en verbintenissenrecht (legaten) kunnen via de brug van de ‘tenzij-clausule’ optimaal worden gecombineerd. Een en ander quasi-goederenrechtelijk versterkt met een executeur. We kunnen met recht spreken van een klassiek erfrechtelijk hoogstandje, dat op het eerste gezicht niet meer op de menukaart van het nieuwe erfrecht staat. Wie echter overgangsrechtelijk de weg kent, kan ook bestellen buiten de kaart om. Het erfrechtelijk gerecht heet: ‘obv-plus’.

Thans naar het ‘echte’ fiscale domein, waar de staatssecretaris in beginsel wel bevoegd is.

4.2 De fiscale dimensie

De fiscale dimensie van de ouderlijke boedelverdeling hangt, onverminderd de klassieke fiscaalvriendelijke behandeling van de ‘ongedaanmaking’ in artikel 3 lid 1 letter b van de Wet op belastingen van rechtsverkeer, samen met de coulante houding van de fiscale wetgever ten aanzien van het ‘volks erfrecht’, dat sinds 2003 belichaamd is in de wettelijke verdeling. De ouderlijke boedelverdeling kan hier immers een graantje van mee trachten te pikken. Wij betreden dan het terrein van de *inhoudelijk overeenkomende* varianten. Denk niet alleen aan de defiscaliserende¹⁶ werking van artikel 5.4 Wet IB 2001, maar met name ook aan artikel 1 lid 2 jo. lid 5 SW 1956, oftewel: de spraakmakende ventieltechniek.¹⁷

¹⁵ Zie E.A.A. Luijten, De obv si (non) voluero?, WPNR (1996) 6231, alsmede B.M.E.M. Schols, De voorwaardelijke obv onvoorwaardelijk ofwel de weg naar de vrijheid geopend!, WPNR (1998) 6308, p. 223.

¹⁶ Dat neemt niet weg dat ook een art. 5.4 ‘alle-verdeling’ die contractueel van aard is, zou kunnen defiscaliseren. Hoe? De langstlevende aanvaardt bijvoorbeeld het keuzeleegat niet en vervolgens vindt er een verdeling plaats die aan de betreffende vereisten voldoet. Uiteraard moet de langstlevende om aan een verdeling van de nalatenschap te kunnen meewerken, wel de status van erfgenaam hebben.

¹⁷ Recentelijk nog J.P.M. Stubbé & B.M.E.M. Schols, Erflater spreekt, ook over de rentel, FBN 2007, nr. 34.

Interessant aan de ouderlijke boedelverdeling is ook het gegeven dat de Belastingdienst bevestigd heeft (besluit van 12 augustus 2004, Voorwaardelijke testamentaire ouderlijke boedelverdeling, CPP2004/257M) dat de strafsancie van artikel 30 SW 1956 (niet minder recht verschuldigd na afstand van rechten) *niet* op de ‘tenzij-clausule’ in de ouderlijke boedelverdeling toegepast kan worden. Althans:

‘Zolang de nalatenschap wordt verdeeld binnen de door erflater in zijn testament aangegeven bevoegdheden is artikel 30 van de Successiewet 1956 (SW) niet van toepassing.’

Voor de wettelijke verdeling, waar het immers niet erflater is die spreekt, maar de wetgever, staat dat met zoveel woorden in de wet, en wel in artikel 30 lid 1 SW 1956, maar met deze rechtsfiguur wordt, zoals bekend, veelal onaanvaardbaar veel op de verbintenisrechtelijke flexibiliteit ingeboet.

De notaris die zich de vraag stelt of hij de ‘oude’ variant dient te herroepen, dient zich te realiseren dat hij met de ouderlijke boedelverdeling het dichtst bij het vuur van de fiscale toezeggingen zit in het licht van het inhoudelijk overeenkomen. Zelfs een quasi-wettelijke verdeling komt daar, gelet op anciënniteit, niet bij in de buurt. En in het verlengde hiervan komt meteen de vraag op hoeveel fiscale toezeggingen er nog zullen volgen.

Van de fiscaliteit stap ik over naar de (formele) *vereffening* van nalatenschappen als bedoeld in artikel 4:202 e.v. BW.

4.3 De herstellende dimensie

Afgezien van het vraagstuk herroepen of niet herroepen, bestaat er sowieso al een aanleiding om de ouderlijke boedelverdeling uit het stof te halen en te ‘repareren’. Waarom? Bij de formele vereffening van nalatenschappen speelt een vervelende kwestie die zo nu en dan het predicaat notariële struisvogelpolitiek verdient. Het begon zo, en wel in de ‘Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter’ (KNB-Intranet, 30 maart 2004), p. 66:

‘Indien erflater in zijn testament ouderlijke boedelverdeling heeft bepaald en na 1 januari 2003 overlijdt onder achterlating van een of meer minderjarigen als erfgenaam, dan dient hun wettelijk vertegenwoordiger *beneficiair* te aanvaarden. De wetgever heeft voor dit geval *geen* uitzondering gemaakt op de verplichting tot vereffening, zoals dat wel is gebeurd bij de wettelijke verdeling in art. 4:202 lid 3, hetgeen gevolg heeft voor de *beschikkingsbevoegdheid* van de langstlevende.’ [Curs. BS]

Beschikkingsonbevoegdheid van de langstlevende in de casus van een ouderlijke boedelverdeling *zonder* de langstlevende als executeur in geval van beneficiaire aanvaarding. Zo ook *KNB vraag- en antwoordspel nieuw erfrecht*, deel 5, nr. 2. Dit vloeit voort uit het bepaalde in artikel 4:211 lid 2 BW. De langstlevende kan goederen van de

nalatenschap, bijvoorbeeld een toebedeelde¹⁸ onroerende zaak, slechts vervreemden met medewerking van de vereffenaar of machtiging van de kantonrechter, aldus artikel 4:211 lid 2 BW. Wie is vereffenaar? Op grond van artikel 4:195 BW zijn dit ‘*alle* erfgenamen’. Hun bevoegdheden als vereffenaars oefenen zij, als hoofdregel, *tezamen* uit, aldus artikel 4:198 BW.¹⁹ Het is iedere keer weer schrikken.

Ook Perrick wees in zijn bespreking van het KNB-preadvies, *Nieuw Erfrecht in praktijk, Een evaluatie* (2006), op het feit dat sprake is van een misvatting bij de gedachte dat bij een ouderlijke boedelverdeling de wettelijke vereffening geen inhoud heeft. Hij is van mening dat ook indien er geen gemeenschap (meer) is, vereffening zin heeft en dat dit ook uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever is, waaraan hij toevoegt dat afdeling 4.6.3 ook bedoeld is voor de vereffening van een nalatenschap met één erfgenaam.²⁰ En in de zeer recente bespreking van het arrest van Hof Arnhem van 19 juni 2007 in dit tijdschrift, draaien Luijten en Meijer allesbehalve om de hete brij heen.²¹

‘Het hof heeft in ons geval overwogen dat de weduwe op grond van de obv alleen eigenares van het pand was en derhalve voor een levering daarvan de medewerking van het kind niet nodig had. Ons lijkt deze beslissing onjuist. *Het gaat er immers niet om wie eigenaar is*, maar om de beantwoording van de vraag wie vereffenaar is en dus bevoegd is tot vervreemding.’ [Curs. BS]

Op zich is deze gedachte: ‘het gaat er niet om wie eigenaar is’, juist, zij het dat in de betreffende casus de weduwe overigens tot executeur was benoemd, zodat men in beginsel²² niet aan de formele vereffeningproblematiek en de bijbehorende beschikkingsonbevoegdheidsregel toekwam. Dit zou mijns inziens tevens de boodschap moeten zijn. Red de oude obv’s van de onderhavige perikelen en wijs de toekomstige erflaters op de mogelijkheid om dit ‘gebrek’ door een benoeming van de langstlevende tot executeur, afgezien van de ‘ruimschoots toereikend’-eis als bedoeld in artikel 4:202 BW, zo veel mogelijk te repareren.

En wie de oude ouderlijke boedelverdeling repareert door aanvulling met een benoeming van de langstlevende tot beheersexecuteur, komt wederom met de betreffende testateur voor de in de onderhavige bijdrage centraal staande vraag te staan, in hoeverre de klassieke obv nog

18 Hierbij ga ik ervan uit dat ook een op grond van een ouderlijke boedelverdeling toebedeelde onroerende zaak nog deel uitmaakt van de nalatenschap die verffend moet worden.

19 Interessant is wel dat de kantonrechter anders kan bepalen. Overigens kunnen daden van gewoon onderhoud en tot behoud van de goederen, en in het algemeen daden die geen uitstel kunnen lijden, door ieder van hen zo nodig zelfstandig worden verricht.

20 S. Perrick, WPNR (2006) 6678.

21 E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, De positie van de executeur bij beneficiaire aanvaarding, Tijdschrift Erfrecht 2007, nr. 5, p. 94.

22 Ervan uitgaande dat de nalatenschap voldeed aan het ‘ruimschoots toereikend’-criterium.

kan worden gewijzigd. In de hun bijdrage afsluitende woorden van Luijten en Meijer: ‘Het gaat hier derhalve om een aflopende zaak, die echter nog wel jaren kan duren.’

Voorlopig heeft de praktijk aan het onderhavige vraagstuk de handen nog wel vol.

Wellicht is een aardige oplossing om de kantonrechters over de streep te trekken, net als door de wetgever voor de wettelijke verdeling gebeurd is in artikel 4:202 lid 3 BW, de navolgende *erfrechtelijke Dozy-clausule*. De langstlevende verklaart dat zij zich bij een ouderlijke boedelverdeling ten opzichte van de schuldeisers van de nalatenschap aansprakelijk stelt als ware de betreffende ouderlijke boedelverdeling een wettelijke verdeling. De kantonrechter beschikt vervolgens, zij het voor zover nodig, dat de langstlevende *privatief* alle bevoegdheden van de gezamenlijke vereffenaars als bedoeld in artikel 4:198 BW kan uitoefenen. Dit laat onverlet dat het voor de toekomst verstandig is steeds met klem te blijven adviseren om de langstlevende tevens tot executeur te benoemen. Zeker nu beneficiaire aanvaarding ongetwijfeld de norm zal gaan worden. Zuivere aanvaarding zal immers in een moderne erfrechtelijke maatschappij steeds meer tot het verleden gaan behoren.

5 Het voorwaardelijk vangnet als toppunt van flexibiliteit en zekerheid?

Is er een praktische oplossing om dit dogmatische erfrechtelijke vraagstuk ‘Kan het wel of kan het niet?’ eenvoudig uit de weg te gaan? Ja.

Aangezien men de betreffende ouderlijke boedelverdeling toch ook zou verliezen bij een klakkeloze herroeping van het oude testament, loopt men geen verhoogd risico bij een ‘experiment’ met de ouderlijke boedelverdeling. Vanuit deze filosofie kan men zelfs trachten ‘partiële tenzij-clausules’ aan een oude *onvoorwaardelijke* ouderlijke boedelverdeling toe te voegen. Deze gedachte kan voor een notaris aanleiding zijn om, ondanks zijn voorzichtigheid, de grenzen op te zoeken bij het aanbrengen van wijzigingen onder nieuw erfrecht in een bestaande ouderlijke boedelverdeling. Aangezien men in de testamentensfeer, naast de gewenste *flexibiliteit*, vanzelfsprekend ook de *zekerheid* van het testament overeind moet houden, kan (ter voorkoming van risico’s) immers eenvoudig achter de gewijzigde ouderlijke boedelverdeling bijvoorbeeld een quasi-wettelijke verdeling (met keuzegaten) als vangnet worden geplakt ‘voor het geval dat’ de wijziging of aanvulling niet mogelijk blijkt te zijn en ook niet meer op ‘bekrachtiging’ kan worden teruggevalen. Het vangnet is in feite het *voorwaardelijk* opnemen van de uiterste wilsbeschikking die men vervolgens desgewenst gepasseerd zou hebben in geval van ‘klakkeloze

herroeping’ van de onder het oude erfrecht gepasseerde regeling.

De opschortende voorwaarde fungeert als veiligheidsklep. De gedachte is als zo vaak: ‘Baat het niet, dan schaadt het ook niet.’ Uiteraard dient de ouderlijke boedelverdeling wel in overeenstemming te kunnen worden gebracht met de erfrechtelijke wensen van cliënt. Iemand die een klassiek vruchtgebruik als nieuw testament wil, wil nu eenmaal geen ‘gerecyclede’ ouderlijke boedelverdeling.

In wezen draait de door mij gekozen benadering alleen om de vraag wat het verschil is tussen herroeping van een uiterste wilsbeschikking en de nietigheid van de ouderlijke boedelverdeling. Feitelijk niets. In beide gevallen werkt de ‘subsidiare’ uiterste wilsbeschikking. Het herroepene is er niet meer, maar het nietige is er in beginsel ook niet meer. Vanuit deze optiek is de obv-plus-operatie mijns inziens dan ook een erfrechtelijke win-winsituatie te noemen.

6 Besluit

Toekomstige rechtspraak zal uitwijzen in hoeverre erfrechtelijke ingrepen in een bestaande ouderlijke boedelverdeling worden geaccepteerd en of op het vangnet moet worden teruggevallen. Voorlopig geldt wat mij betreft echter de ‘obv-plus’ als de koningin onder de uiterste wilsbeschikkingen, oftewel als het beste van twee erfrechtelijke werelden: de oude en de nieuwe.²³ ■

23 Zonder hierbij de ‘quasi-wettelijke verdeling’ tekort te willen doen, maar niet iedereen is nu eenmaal in de gelukkige omstandigheden dat hij in het bezit is van een ‘oude’ obv. En wie dat wel is, ‘combineert’, zoals gezien, oud en nieuw. De obv komt immers ook niet in de plaats van (bijvoorbeeld) de quasi-wettelijke verdeling, maar gaat eraan vooraf. Zie voor een model voor de ‘obv-plus-operatie’: Modellen voor het Notariaat, Den Haag: Sdu uitgeverij (Nieuwsbrief voor de abonnees, 15 maart 2006).